

証明責任の概念について

——刑事訴訟と民事訴訟の対比による概念の整理——

飯野海彦

(北海学園大学法学部専任講師)

序論

第一章 証明責任論の再構成

第一節 民事訴訟法学における証明責任論の展開

第一款 規範説の確立まで

一 Glaser

二 Leonhard

三 Rosenberg

四 若手のまとめ

第二款 規範説からの乖離と証明責任規範の析出

一 Leipold による客観的証明責任論批判

序論 なぜいま証明責任か

日本国憲法三十一条は、「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はそ

の他の刑罰を科せられない」と規定する。刑事訴訟は、特定の犯罪者に対する具体的刑罰権の存否を有権的に確定するための手続過程である。⁽¹⁾「手続きなければ刑罰なし」(Nulla poena sine processu)といわれるように、国家は刑事手続を通じて刑法秩序を現実化するものであって、犯人に刑罰を与えようとする場合、刑事手続は「両者をつなぐ不可欠の環」⁽²⁾なのである。「刑事事件における具体的刑罰権の存否の確定は、必ず訴訟ないし一定の法定手続きによることを必要とし、民事事件におけるような法定手続外でもなされうるという方法は採られていない。それは、刑事訴訟が民事訴訟におけるような紛争解決機能に止まらず、事物の本性上、具体的刑罰権という、私的処分に馴染まない権利・義務関係に係わるものであるばかりでなく、より根本的には、事案の真相を糺ママ明することによって無辜の者を処罰しないという——犯罪者をも含めた市民の人権保護を図るという——刑事訴訟のマグナ・カルタ的機能を有しているからである」⁽³⁾。

さて、刑事訴訟は、実定法規に基づいて行われるが、「市民の人権保護を図る」べく手続に規制を加えるその実定法体系が(実質的意義における)刑事訴訟法である。その「規制」の究極の目的は、いうまでもなく「無辜の者を処罰しない」ことである。そのため、刑事訴訟においては、「合理的疑いを容れないまでの証明」が要求されるのである。そこでの証明責任はいうまでもなく原告官たる検察官が負う。しかし、現行法においては、被告人に証明責任を負わせたと解せられる規定が存在し、また、刑事訴訟が当事者主義化して以来、被告人も証明責任を負う場合があり得る、との主張もかつて存在した。⁽⁴⁾そして、一九八八年十二月二〇日に採択された「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約」(いわゆる「麻薬新条約」)を批准するために、わが国の国内法整備の一環として、「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」(いわゆる「麻薬特例法」)が制定され、一九九二年七月一日より施行されるに至り、同法に新設された、薬物の不正取引に係る不法収益の推定規定を巡って、「疑わしきは被告人の利益に」の原

則との関係から、立法作業段階より疑問が呈されるなど、刑事訴訟における証明責任の問題が再びクローズ・アツプされる素地ができたといえよう。

そこで、本稿では、第一章において、結果責任としての証明責任と行為責任としての証明責任に関し、先進の議論を展開する民事訴訟法学の理論状況を参考に、⁽⁶⁾翻って「疑わしきは被告人の利益に」の原則が妥当し、結果責任としての証明責任を檢察側が負担することを原則とする刑事訴訟において、妥当する証明責任概念は何か、特に行為責任としての証明責任(形式的挙証責任と呼ばれる)は、幽霊の如き実体のないものが、被告人は何ら証明の問題に係わる必要がないのか、といったことを検討する。そして、第二章では、英米における証明責任の轉換に関する議論を概観し、以てわが国の「証明責任規定」解釈の参考とする。最後に、第三章では、証明責任の充足、例えば「合理的疑いを容れない証明」はいかにして達せられるのかの問題を議論する。

なお、民事訴訟法学における理論状況を参照する都合上、一般の刑事訴訟法学における用語法と異なったものを用い、違和感を持たれる向きもあるかもしれないが、本稿でまず試みるのは概念の整理であつて、用語法にあまり拘泥せずに筆を進めてしまったということを予めご了承頂きたい。

(1) 石川才顯・刑事訴訟法講義一頁(一九七四年)

(2) 松尾浩也・刑事訴訟法・上二頁(一九八七年)

(3) 石川・前掲書注(1)二頁

(4) 出射義夫「刑法と刑事訴訟法との調和」刑法入門一一八頁(一九五七年)、井上正治「刑法における主観的要素の証明」現代法学の課題・下四四九頁(一九五五年)、小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌五卷三九四頁以下(一九五五年)。

(5) 村井敏邦「暴力団・麻薬立法の問題」法律時報六三卷七号五頁(一九九一年)。その他、登里輝男「麻薬犯罪取締りのための国連麻薬新条約『国連麻薬及び向精神薬の不正取引防止条約』(三)」警察学論集四二卷六号一〇二頁(一九八九年)は、問題の麻薬特例法一八条のもととなつた麻薬新条約五条七項について、わが国の国内法制度に合致しないとされる。なお、この推定規定の問題を詳細に論じるものとして、井上正仁

「麻薬新法と推定規定」研修五二三号一三頁（一九九二年）がある。

(6) この点について、拙稿「刑事訴訟における証明責任転換の考察」立教法学四四号一五六頁以下（一九九六年）において、同様のことを試みたものの、「道は容易ではない」とのご批判を頂いたところである（白取祐司「特集学界回顧……一九九六年・刑事訴訟法」法律時報六八卷一三三号一六〇頁（一九九六年））。

第一章 証明責任論の再構成

第一節 民事訴訟法学における証明責任論の展開

第一款 規範説の確立まで

客観的証明責任（実質的挙証責任、客観的挙証責任）とは、証拠調べを経てもなお証明すべき事実の真偽いずれとも決定しえない場合（non liquet）に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生が認められない（これを「法規不適用の原則」という）、という不利益を判決時に受ける一方当事者の地位ないし負担をさす、⁽¹⁾⁽²⁾と言われる。客観的証明責任をいずれの当事者が負担するかは、事項ごとに予め抽象的に決まっており、訴訟の具体的な経過や当事者の立証活動いかんで動くものではなく、結果責任である。それ故、「手続法規であるというよりは、実体法規に属するといわれる」⁽³⁾。このような説明は、少なくとも一九六六年に至るまで支配的地位を占めていたといえる。

というのは、かように挙証責任の本質を客観的挙証責任と視、「誰が証明すべきか」ではなく、「何が証明されるべきか」とする証明責任論の立て方は、Glaserに始まり、Rosenbergにより確立されたとき⁽⁴⁾、我が刑事訴訟法学の分野においても、上記のような証明責任論が支配的であって、「行為責任」としての主観的証明責任（形式的挙証責任、主観的挙証責任）は論じる実益に乏しいといわれてきた。⁽⁵⁾ところが、民事訴訟法学の分野では、Rosenbergにより確立された規範説に対し、Leipoldより鋭い批判⁽⁶⁾が展開されるや、爾後四半世紀に渡って証明責

任論争が展開され、かなりの進化を遂げているのである。⁽⁷⁾

- (1) 岡部泰昌「挙証責任および推定」高田・田宮編・演習刑事訴訟法二六八頁(一九八四年)、田宮裕・刑事訴訟法入門(三訂版)一七九頁(一九八二年)
- (2) 小林秀之・証拠法(一九八九年)一四〇頁以下における「証明責任」の通説的説明。兼子一・民事訴訟法体系(増訂版)二五六頁(一九六五年)、三ヶ月章・民事訴訟法四四二頁(一九七九年)、新堂幸司・民事訴訟法三四八頁(一九七四年)等も同様に通説的な説明をなしている。
- (3) 田宮・前掲書注(1)一八〇頁。
- (4) Hans J. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 280. 我が国においては、一九一七年の雫本朗造博士の論文「挙証責任の分配」民事訴訟法の諸問題一九四頁以下(一九五五年)(初出・土方教授在職二十五周年記念私法論集)が初めとされる―小林・前掲書注(6)一四〇頁―。
- (5) 田宮・前掲書注(1)一八〇頁、岡部「形式的挙証責任論に関する批判的考察」金沢大学法文学論集法学篇18七頁以下(一九七一年)、能勢弘之・刑事訴訟法25講一三七頁(一九八七年)、新倉修「事実認定と証拠」村井敏邦編・現代刑事訴訟法一九〇頁以下(一九九〇年)等。Vgl. L. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 42. 倉田卓次訳・証明責任論(全訂版)(一九八七年)五二頁以下。主に倉田博士の訳による。
- (6) D. Leipold, Beweislastregeln und Gesetzliche Vermutungen, 1966.
- (7) 民事訴訟法学における証明責任論学説史を概観するものとして、竜崎喜助「証明責任論の回顧と展望」証明責任論(一九八七年)一一九頁以下収録、初出Law School 一一号(一九七九年)。

1 Glaser

(1) さて、刑事訴訟法学において客観的証明責任を中心に据える証明責任論の草分けは、前述のように、Glaserである。彼はその著書“Handbuch des Strafprozesses”(「刑事訴訟の手引き」)の中で、民事訴訟における「行為責任」としての「形式的証明責任」(formelle Bebelastung―かれはこの用語を用いる⁽⁸⁾)と、non liquetを解決する「結果責任」としての実質的証明責任(materielle Beweislast)とを対比して説明する。彼によれば、実質的証明責任とは、事実心理の結果、事実が証明されず、不明のまゝであれば、あたかもその反対事実が証明されたように扱われる危険を指す⁽⁹⁾。また、法規の制定に当たって立法者は、その要件が存否不明であっても適用すべきものとするの

か、さもなくば、そのような場合には適用しないものとするのか、予め考慮しておくべきである。ただ、立法上その意図が明確でないときには、要件の存在が疑わしくとも当該法規が適用されるということが明示されていない限り、要件の存在が確実である場合にのみその法規が適用されるものと解釈すべきである、⁽¹⁰⁾という。そして、形式的証明責任とは、民事訴訟において、原告はその請求や再抗弁を基礎づける事実を、被告はそれに対する抗弁や再々抗弁を理由づける事実を主張し、さらに証拠を提出しなければ裁判官はそれらの事実を考慮しないことであり、実質的証明責任と形式的証明責任とはほぼ一致する、という。刑事訴訟においては、「疑わしきは被告人の利益に」⁽¹¹⁾(in dubio pro reo)の原則が存在する故、実質的証明責任のみが妥当し、形式的証明責任は妥当しない、⁽¹²⁾という。

(2) 彼の証明責任論は、後の支配的学説となる Rosenberg や Leonhard の理論と大きく異なるものであるが、彼が刑事訴訟において妥当すると説く事実的証明責任 (factische Beweislast) の概念は、⁽¹³⁾今日においてもその意義を十分に認めることができる。即ち、主観的証明責任 (形式的挙証責任) ⁽¹⁴⁾と言われるものには、訴訟当事者の行為責任としての (本来の) 主観的証明責任と、訴訟の経過に伴って当事者に生ずる「立証の必要」との二つの概念が混入されていることが従来より指摘されているが、⁽¹⁵⁾それらのうち一方は、事実的挙証 (証明) 責任の語で呼ぶのが相応しいからである。詳細は後述する。

(8) J. Glaser, Handbuch des Strafprozesses 1883, S. 364 f.; derselbe, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, 1883, S. 85ff.

(9) derselbe, S. 85 ff.

(10) derselbe, S. 88 ff.

(11) derselbe, S. 99 ff.

(12) Rosenberg の "Die Beweislast" の初版本 (一九〇〇年) から四年後に出版された、Frunz Leonhard の論文 "Die Beweislast", 1904 年。

Rosenberg の理論との数々の共通点を有しながら、客観的挙証責任理論の立て方が異なっていることが指摘されている。竜崎「挙証責任論序説」前掲注 (7)・証明責任論二六頁以下 (初出は法協九二巻二一、一二号 (一九七六年))。

(13) Glaser, a.a.O., (Anm. 8), S. 102 f.

(14) 田宮・前掲書注(1)一八〇頁。

(15) 田宮教授が近年「挙証責任」クラスルーム刑事訴訟法・法教九一号二〇五頁(一九八八年)において、この用語を用いられた。

二 Leonhard

彼自ら、単純化説にして完全性説であると称するこの学説は、以下の通りである。⁽¹⁶⁾

(1) まず、客観的証明責任の理論的根拠として、彼は、次の様な実体法の理解を示した。

法秩序内にある諸規範は、純粹に訴訟に關係した内容を持ち、そこから導かれる法律効果は裁判官によるそれら各々の主要事実の積極的な確信により認められることになる。⁽¹⁷⁾ すなわち、法規がある構成要件 $a + b$ が存在する

と法律効果 X が生ずる、と定める場合、 $a + b$ が証明されると裁判官は X を確定しなければならない(つまり、

$a + b$ の証明により初めて法律効果 X が生ずる)。これをネガティブな面から考察すると、 a または b が証明されないならば、法律効果 X は生じないことになる。⁽¹⁸⁾ ここでは、 $a + b$ の不存在確定の場合も、その存否不明の場合も、等

しく法律効果 X は否定されてしまうのであり、構成要件の不存在と存否不明とは同一視されることになる。従つ

て、証明責任とは、事実の *non liquet* の問題ではなく、事実の「無証明 (*Nichterwiesenheit*)」の効果の問題であり、私法の否定形式である。⁽¹⁹⁾ と。

このように、実体法上の法律効果をその構成要件の訴訟上の証明、すなわち、裁判官の積極的確信にのみ依拠せしめて、これを法律効果を主張する当事者に構成要件についての客観的証明責任を負わせる根拠とすることが、彼の説の特徴であり、また問題でもある。主要事実の「証明」が実体法の付加的メルクマールとして組み込まれているので、証明責任規範は、出発点から既に実体法中に埋没してしまっているのである。⁽²⁰⁾

(2) 彼によれば、証明責任の分配は、適用されるべき、或いは適用を否定される実体法自身から直接導きだされ

るのであつて、言わば「実体法の裏面」に過ぎず、⁽²¹⁾ 証明責任規範と実体法とは同一視されている。

具体的な客観的証明責任の分配の方法は、こうである。

彼は、まず法律効果というものを、「開始効果 (Anfangswirkung)」—或いは「着手効果 (Angriffswirkung)」ともいう—「反対効果 (Gegenwirkung)」⁽²²⁾ とに分ける。「着手効果」たる法律効果とは、権利の発生・成立を意味し、その変更・消滅は全く別の法律効果—すなわち「反対効果」—によりもたらされる法的変化であるとする。⁽²³⁾ 両者の区別の基準は、効果発生 of 先後関係による。権利の発生なしに、その変更・消滅はありえないので、反対効果は、法律効果 (権利)—着手効果—が一旦発生・成立することを前提とし、それを除去するべく事後的に発生する。この基準に拠れば、開始効果の発生を当初から阻害している事実—権利障害事実—は、反対効果の要件事実とはなりえない。⁽²⁴⁾ 彼によれば、「権利障害規定」とは、「権利根拠規定」の要件の一部を消極的に書き換えたに過ぎないという。⁽²⁵⁾ そこで、客観的証明責任は、法律効果を主張する者がその要件について負担するので、攻撃効果を主張する当事者は権利の発生・成立を、反対効果を主張する当事者は一旦発生・成立した権利の変更・消滅を、それぞれ根拠付ける法令上の諸要件事実について、各々客観的証明責任を負担することになる。⁽²⁶⁾

(3) このように、Leonhard の証明責任論は、客観的側面のみを認め、後述の Rosenberg のような主観的証明責任論を否定する。⁽²⁷⁾ そしてその分配は、権利主張者の側に「過度に」重く、事後的に発生した権利の変更・消滅事実の他は、全てそれを主張する当事者の負担とし、権利障害事実の不存在までもが権利主張者に証明責任が負わされるという理論の硬直性故に、そのままでは実用に耐えられなくなるのであるが、⁽²⁸⁾ このことを彼自身慮つて、⁽²⁹⁾ 別個の行為責任概念である相手方の「防禦責任 (Abwehrlast)」という「訴訟上の論証義務」を主張する。この防禦責任は、「指摘責任 (Anregungslast)」⁽³⁰⁾ と「反駁責任 (Widerlegungslast)」という二つの概念を含み、訴訟状況乃至ある特殊な事情により、主要事実の存否を主張・立証する負担を、本来的に証明責任を負担する当事者の相手方に移

転するものである。このうち、「指摘責任」とは、権利障害事実の不存在を権利主張者が「黙示的に主張した」とものと仮定され、相手方にこれらを明示的に主張させる責任である。「反駁責任」とは、権利主張者の負う権利障害事実不存在の証明が済んだものと仮定され、相手方に反駁の証明をさせるものである⁽³¹⁾。その根拠は、究極的には具体的事案における衡平、或いは、事案の蓋然性に反する主張をする当事者に、その事実の主張・立証をなさしめるべきであるとの要請に求められる⁽³²⁾。

具体的には、①自己の行為から通常推論される結論、ないしは、生活経験に反する結論を引き出そうとする場合、例えば、受領証の交付、市場での売買での代金の受領等の否認がこれに当たる。②信義誠実の原則に反する場合、例えば、契約内容についての代理、条件、期限あるいはなにか行為の任意的内容の差異に関する争いで、単に契約締結の事実を否認したり、具体的事実を黙秘したりする場合。③特定の事案の解明を行うのに非常に近いが、証拠を独占しているような場合、例えば、偽装行為、虚偽表示の抗弁、行為能力の有無その他特別な瑕疵の不存在がこれに当たる。④悪意 (Arglist) をもって立証妨害を行った場合、例えば、検証目的での土地立ち入りを妨害したり、商品の見本売買で買い主が送付された見本を毀滅したような場合。等を挙げる。これらの場合には、相手方に事案の詳細な論証・説明する責任・義務を課すことにより、理論の硬直性を緩和し、実質的な公平を図ろうとしたのである⁽³³⁾。

(16) F. Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl., 1926, S. 175 f.

(17) derselbe, S. 127 ff.

(18) derselbe, S. 127 ff.

(19) derselbe, S. 136.

(20) 春日偉知郎「証明責任の一視点」判タ三五〇号一〇一頁(一九七七年)、竜崎「拳証責任論序説」前掲注(7)・証明責任論二十八頁、

Leipold, a.a.O., (Anm. 6), S. 22 ff.; G. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Albeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, 1976, S. 26. [同書について春日助教授の紹介が、民訴法雑誌二四号二五五頁(一九七八年)以下にある]; Musielak, a.a.O., (Anm. 4), S. 284.

(21) Leonhard, a.a.O., (Anm. 16), S. 136.

(22) derselbe, S. 138 ff.; S. 144 ff. "Angriffswirkung"の訳については、特に先例も見当たらず、"Angriff"の第一義は「攻撃・突進」であるが、他に「着手・開始」の意味もあり、時間的に「Gegenwirkung」に先行することから、「着手効果」と名付けた。因みに、倉田訳・前掲注(5)「証明責任論では、「攻撃(着手)効」と訳される(一六二頁)。

(23) derselbe, S. 156.

(24) derselbe, S. 144 ff.

(25) derselbe, S. 138.

(26) derselbe, S. 145.

(27) derselbe, S. 132.

(28) Musielak, a.a.O., (Anm. 4), S. 185; 竜崎「挙証責任論序説」前掲注(7)・証明責任論三二頁。

(29) Leonhard, a.a.O., (Anm. 16), S. 189. 理論の硬直性と一方当事者の証明責任の過度の負担とを緩和するための「安全弁(Sicherheit-sventil)」である。

(30) この「Anregungslast」の訳には、「質問責任」[竜崎・前掲注(7)「証明責任論三二頁」]、「指摘責任」[春日・前掲注(20)「証明責任の一視点」一〇一頁、倉田訳前掲注(5)「証明責任論一六六頁」]の先例がある。「Anregung」の意味は、「刺激、提案、提起」であるが、先例及びその内容から、「指摘責任」の訳に従った。

(31) Leonhard, a.a.O., S. 144, S. 178 ff, S. 182 ff, S. 199 ff.

(32) derselbe, S. 206 f.

(33) 以上の具体例は、雉本朗造「挙証責任ノ分配」民事訴訟法の諸問題二二九頁(一九五五年)以下に詳しい。

三 Rosenberg

(1) 「誰が証明すべきか」ではなく「何を証明すべきか」、すなわち、客観的証明責任を証明責任の本質とする証明責任論は、彼により確立されたものであると言われる。その彼の客観的証明責任理論のたて方は、以下の通りである。

① 「法は、規範を抽象的に定型化した仮定的構成要件を出発点とするのであるが、それに包含されている命令の遂行が要求されるのは、当然のことながら、右の抽象的構成要件が具体的現実と化したとき、すなわち、その法規が法的命令の前提としている当の外的事象が実際に生じたとき、に限る」⁽³⁴⁾

② しかしながら、われわれの認識手段・能力の限界から、いかなる訴訟においても、事実の実際の経過に関する当事者の説明が裁判官の納得を得るだけの確実さに至らない場合が起こりうる。⁽³⁵⁾

③ このような場合、裁判官はどのような裁判をなすべきか。ある事実上の主張について真偽不明の場合、その不利益を被るのは、原告か、被告か。「この疑問に答えるのが、証明責任に関する諸原則である。構成要件の存否不明の場合にどのように裁判をするかを裁判官に指示することによって、そういう不明があるにもかかわらず請求認容なり請求棄却なりの判決をなすに至るように裁判官をたすけるもの、それが証明責任の諸原則である。事実主張の真偽が確定しにくい場合に、裁判官に対し、為されるべき判決の内容を指示すること、この点に証明責任規範の本质と価値が存するのである。」⁽³⁶⁾(傍点筆者)。

④ 従って、証明責任が問題になるのは訴訟の最終段階であるが、だからといって、個々の訴訟の結果として証明責任規定が生じるのではなく、全ての個々の訴訟とは無関係に、適用法条の抽象的な命題から得られるのである。⁽³⁷⁾

⑤ 裁判官による法適用は、抽象的法規を大前提とし、真実と確定された具体的事実関係を小前提、判決を結論とする三段論法をとる。⁽³⁸⁾ 証明責任の問題の存するのは、三段論法中の小前提のみである。さらに、小前提の構成に必要な裁判官の活動は、(a)主張された事実関係中に法規の抽象的要件事実が含まれているか否かの審査——いわゆる「あてはめ」(Subsumtion)で、「具体的法律判断」とも呼ばれる——と、(b)主張された事実関係が真実であるかどうかの審査——いわゆる事実問題の分野——との二段構えでなされ、⁽³⁹⁾ 証明責任規範の適用領域はこの内、(b)の

事実問題の分野のみである⁽⁴⁰⁾。事実問題の領域での不明確を解決することのみが証明責任規範の使命であり、働きなのである⁽⁴¹⁾。

⑥ 「証明責任の理論は、従って、法適用の理論の一部である」。裁判官が法規を適用——すなわち法律効果の発生を確定——しうるのは、当該法規の前提要件の存在を推論しうべき事実関係について積極的心証を懷いたときに限る。逆に要件の不存在の心証を懷いたときばかりでなく、存在に疑いが残ったときにも、法規の適用は行われな⁽⁴²⁾い。ここで、その要件の存在の不確かから不利益を被るのは、勝訴するのに当該法規の適用が必要であった当事者である⁽⁴²⁾。

従って、「確定責任（「証明責任」）」「客観的証明責任」はその法規の効果を利用しようとした当事者が負担することになる。しかし、確定責任の範囲は法規範の要件事実の範囲に従って定まる」（括弧内筆者）。

⑦ 「法は、ある事実をある権利の積極的要件とすることもできれば、また、その反対の事実をその消極的要件とすることもできる。積極的要件とした場合には、権利が許容されるためには、それが確定されなくてはならず、その存在が疑わしいというだけで権利は否定される（Aberkennung）。逆に、消極的要件とした場合、裁判所は（その不存在について）積極的な心証をとるには及ばない。けだし、消極的要件の存在は当該の権利を肯定しえぬ（Nichtanerkennung）という結果を来すのだからである。つまり、その存在が疑わしいというだけでは権利は否定されるわけではない。このことから、積極的要件の証明責任は権利があると主張する者に、消極的要件のそれはその相手方に、属することが分かる⁽⁴³⁾」。

⑧ ここで、証明責任分配の原則を簡約して公式化すると、「各当事者は自己に有利な法規（その法律効果が自分に役に立つ法規）の諸要件を主張・立証するべきである⁽⁴⁴⁾」となる（傍点筆者）。いかなる法規がいずれの当事者にとつて「有利な法規」となるのかは、法規の相互作用の観察による⁽⁴⁵⁾。出発点として、ある規定を訴えによる要求の基礎

となる基礎規定は権利(請求権)根拠(づけ)的(rechtsbegründend)ないし発生的(erzeugend)規定であるとする。⁽⁴⁶⁾この権利根拠的(以下「拠権」)規定による請求権を排除するのが、いわゆる反対規定である。まず、拠権規定による法的効果の生起をはじめから妨害する権利(請求権)障害的(rechtshindernd)(胚芽破壊的keimzerstörend)規定、次に拠権規定の効果として一旦成立した法律効果を当該規定の介入により再び滅却する権利(請求権)滅却(rechtsvernichtend)規定、そして、形成権の行使によって請求権の主張を排斥する権利排斥的(rechtssausschließend)ないし抑制的(-hemmend)規定がそれである。⁽⁴⁷⁾そして、権利を主張する当事者は、拠権規定の要件事実を、これを排除しようとする当事者は、障権・滅権・排権規定の要件事実を、それぞれ主張・立証しなければならない。⁽⁴⁸⁾

少々、引用が長きに渡ったが、彼の客観的証明責任概念の構築から、その分配に至る論理までが、順を追ってお判りいただけたと思う。

(2) 彼の客観的証明責任論の根拠は、結局判決の三段論法から論理的に導かれるものであって、小前提における(5)のnon liquetの解決手段として、証明責任があり、その際に裁判官にいかなる判決をなすべきかを指示するものとして、証明責任規範の存在を肯定する(3)。

一方、彼は、証明責任論を法適用の理論の一部である(6)と言い、証明責任規範は、法条適用の抽象的な命題から得られるものであると言う(4)。そして、彼の証明責任の分配の基礎は、「法規不適用(Nichtanwendbarkeit der Norm)の原則」である(6)。その方法は証明責任規範によるのではなく、実体法の構造によるのである(7、8)。

Leonhardの実体法に対する理解が、「法律効果の発生は要件事実の確実な証明に結び付く⁽⁴⁹⁾」とするのに対し、Rosenbergは法律効果の発生を要件事実の確実な存在に結び付けた点(1)で、両者は、一見異なるように見え

るが、Rosenbergの見解も一クッションにおいて法律効果の発生には、要件事実の存在について、裁判官の確信を必要とする(⑥)のであるから、結局両見解はその前提を一にすると(50)言ってよい。こうして、Rosenbergが、法律効果を要件事実の証明にリンクさせた結果、要件事実の不存在について、裁判官が確信を懷いたときのみならず、その存否いずれも不明であるとき、すなわち *non liquet* の解決手段として、直ちに法規不適用へと導く。その結果、当初彼自信肯定していた証明責任規範は、「法規不適用の原則」へと吸収され、実体法そのものと同一視されることになる。(51)そして、証明責任の分配を実体法そのものから求めた(⑧)結果、前提のみならず、結論をもLeonhardと一にすることとなる。このことは、多くの論者が指摘するところであり、詳細は後述する。(52)

(3) 彼は、客観的証明責任(確定責任と呼んでいる)を証明責任の本質とする一方、「誰が証明すべきか、証明義務を負うのは何人か」、「その主張につき証拠を提出する、という当事者の『法的必要性』、つまりそれから生じる当事者の行動」を問題とする、主観的証明責任の概念を認める。(53)

彼は、法が弁論主義の支配する手続においては、必要な事実主張とそのため(54)の証拠提出とを法的任務の履行と見ていることの証左として、①裁判長が事実主張の陳述の不十分なのを補充させ、証拠方法を表示させるように示唆する義務を有する場合(§139 ZPO)、②裁判所が出頭当事者に対して、職権調査事項につき証明を要求すべき場合(§335.1 ZPO)、③申立を理由づけるのに必要な事実主張の定立とそのため(54)の証拠方法の表示とがすべて当事者双方に任されている場合(§130.3, 5, §282 ZPO)には、主観的証明責任の概念が認められることを挙げる。

さらに、主観的証明責任が実務上意義のある場合として、以下の例を挙げる。

④証書訴訟において、原告が請求を理由づけるのに必要な全部の事実を証書をもって証明しうるのでなければ(§595 ZPO)、被告不出頭、主張事実が争われない、自白があった、被告の異議に理由がない或いは不適法の場合であっても、原告の訴えは却下されること(§597 II ZPO)。⑤ある主張につき証明責任ある当事者がその真なるに

つき何ら証拠の申出をしていないのに、相手方がそれであることにつき証拠申出をしても、裁判官は、これを許す必要がないこと。⑥証明責任ある当事者の立証が尽きた場合の相手方本人尋問の申出についても同様であり(§454 ZPO)、証明責任のない当事者からの相手方本人尋問の申出は、おの相手方の承諾なくば顧慮されないこと(§447 ZPO)。⑦証明責任ある当事者による検証妨害(いわゆる立証妨害)が、利用すべき証拠方法の喪失を来す(§230 ZPO)ので、通常敗訴に結び付くこと。等である。⁽⁵⁵⁾

しかしながら、彼は、事案の解明が裁判所の義務とされる職権探知主義訴訟においては主観的証明責任を觀念する余地はなく、弁論主義訴訟においてのみ発生するとする。⁽⁵⁶⁾ また、主観的証明責任と客観的証明責任との相互関係は、「客観的証明責任が万事に基本であつて、主観的証明責任はこれに合わせて輪郭が定まる」⁽⁵⁷⁾、つまり、「主観的証明責任……の範囲は、客観的証明責任の範囲と一致し、それより広くもないが狭くもない」⁽⁵⁸⁾、とするので、彼の主観的証明責任の作用する場合は著しく減少するものと言えよう。⁽⁵⁹⁾

(34) Rosenberg, 倉田訳・前掲注(5) 証明責任論七頁。

(35) 同・八頁以下。

(36) 同・九頁。

(37) 同・一〇頁。

(38) 同・一三〜一五頁。

(39) 論理的には、(b)具体的な要件事実(主要事実)の確定という操作は、(a)確定された主要事実の抽象的要件(要件事実)への包摂という操作に先行する。小林公「事実認定の論理に関する一考察」法哲学年報一九七四年号一〇三頁以下(一九七四年)、春日・前掲注(20)「証明責任論の一視点」九八頁以下。

(40) Rosenberg, 倉田訳・前掲注(5) 証明責任論一六頁以下。

(41) 同・二二頁。

(42) 同・二二頁。

- (43) 同・三七頁以下。
- (44) 同・一一六頁。
- (45) 同・一一六頁以下。
- (46) 同・一一七頁。
- (47) 同・一一八頁以下。
- (48) 同・一二六頁以下。
- (49) Leonhard, a.a.O., (Ann. 16), S. 127 ff.
- (50) 春日・前掲注(20)「証明責任論の一視点」一〇二頁、竜寄・前掲注(7)「証明責任論二八頁」。
- (51) Leibold, a.a.O., (Ann. 6), S. 31 f. Rosenberg が「法規不適用の原則」に「裁判官が、要件事実の存在につき不存在の確信を懐いたときのみでなく、存否いずれかの確信を懐くに至らなかったときにも法規は不適用である」という二重の意味を込めた(S. 32 f.) 結果、non liquetの解決方法は、裁判官の確信による法規の適用・不適用の問題となり、(本来判決内容を指示するはずの) 証明責任規範は認識されないことになると言う。
- (52) 春日・前掲注(20)「証明責任論の一視点」一〇二頁、竜寄・前掲注(7)「証明責任論二六頁以下、佐藤彰一「立証責任論における行為責任の台頭と客観的立証責任概念の意義」立命館法学一九八二年五・六号六二頁(一九八二年)。
- (53) 本文に挙げた概念は、従来言われているものとして、Rosenberg, 倉田訳・前掲注(5)二九頁、その有用性については、同・三一頁以下。
 なお、主観的証明責任(subjektive Beweislast)は、「Beweisführungslast」であるとも言われるが、これは、通常「証拠提出責任」と訳される(例えば、小林・前掲注(2)「証拠法一四六頁」)。しかしながら、内容上は、「Beweisführung」の訳としては、倉田博士の言うように「証明遂行」ないし「挙証」(二八頁括弧内)、或いは、竜寄教授のように「立証活動」とする方が、内容を的確に表しているといえよう。
- (54) 同・三一頁以下。
- (55) 同・三二頁以下。
- (56) 同・三九頁、五二頁。逆に、(ドイツの) 職権主義の刑事訴訟においても客観的証明責任が妥当するということを論証する(三八頁以下)。
- (57) 同・五二頁。
- (58) 同・五三頁。
- (59) 竜寄・前掲注(7)「証明責任論二九頁」。

四 若干のまとめ

- (1) 両説は規範説の代表的見解であり、基本点で一致を見ながら、Rosenbergには「規範説の確立者」として

図 1: Leonhard の証明責任論

$$\begin{array}{l} s \text{ のみ} \subset T \\ \therefore \\ T \rightarrow R \\ \hline s \text{ の non liquet } \not\subset T \\ s \text{ の non liquet } \not\rightarrow R \end{array}$$

(T は法律要件, R は法律効果, s は主要事実, \subset は包摂記号)

図 2: Rosenberg の証明責任論

$$\begin{array}{l} \text{non-s も } s \text{ の non liquet も } \subset T \\ \therefore \\ T \rightarrow R \\ \hline s \text{ の non liquet } \not\subset T \\ s \text{ の non liquet } \not\rightarrow R \end{array}$$

の地位が与えられる一方、Leonhard の所説、特に「反駁責任」については、今日これを顧みる説を見ない。⁽⁶⁰⁾

両説の評価を行うにあたり、春日教授の図を用いるならば、その客観的証明責任の捉え方の相違が一目瞭然となる。⁽⁶¹⁾

前述のように、Leonhard が、主要事実の証明を実体法の付随的な要件として組み込むことにより、証明責任規範を実体法に埋没させてしまい、両者を同一視しているのに対し、Rosenberg は、一旦承認した証明責任規範が、「法規不適用の原則」に取って代わられ、結果として実体法と同一視されることとなる。このように、両説を前提に客観的証明責任を理解するならば、これを「実体法に属する」とする考えは正しいと言わなければならない。⁽⁶²⁾

この他、竜寄教授により、以下の共通点が指摘されている。

まず、(繰り返し指摘したが、)①審理の結果真偽不明に陥った場合、誰が不利益を負うかを定めるのが挙証責任(ママ)⁽⁶³⁾で、②この危険を誰が負うかは訴訟の初めからきまっについて訴訟の途中で絶対に変更することではなく、従って③挙証責任が途中で転換すると思える説は挙証責任と立証活動⁽⁶⁴⁾とを混同するものであり、挙証責任と証拠評価とは厳格に区別すべきこと、④本証とは裁判官の確信を達せしめることであり、反証とは確信の動揺であること、等である。⁽⁶⁵⁾

(2) ここにおいて、「誰が不利益を負うか(①)」と言うのは、真偽不明の際に裁判所は如何なる判断を下すべきかの問題として、「裁判所がいずれの当事者を敗訴または勝

訴させるべきか」という意味であつて、「誰が証明するべきか」という問題に結びつくものではない。また、前述のように、証明責任の分配は、Leonhardが「実体法の裏面」^(65ノ2)であると言ひ、Rosenbergが実体法の構造に求める^(65ノ3)限り、いずれにせよ法規範上すべて抽象的一般的に定まっていなければならないことになる⁽²⁾。「誰が証明しなければならぬか」を問題にするとき、個々の訴訟の具体的状態における立証活動（立証の必要）と混同される虞があり、証明責任と証拠評価とは峻別されねばならない以上⁽³⁾、本質としての証明責任概念中に行為的主観的要素を取り込むことはできない。ここに、両説において、主観的証明責任概念が否定乃至肯定されるもその存在意義が薄くなる理由がある。

(3) では、両説の根本的な違いは何か。

これを、実体法の理解の差異に求めるのは、佐藤教授である。

教授は実体法の二種類の理解として、「確定規範」と「真実規範」との峻別を主張される。「確定規範」とは、「実体法の諸規範は純粹に訴訟に關係せしめられた内容を持ち、その法効果は裁判官による個々の要件事実の積極的確定に依拠している、と理解するものである」⁽⁶⁶⁾。「真実規範」とは、「実体法の諸規範は訴訟外でも機能しており、その法効果は要件事実の存在ないし不存在のみに結びついているのであつて、裁判官の確信に依拠しているわけではない、と理解するものである」⁽⁶⁷⁾。

Leonhard説が証明責任論の前提として、「特殊な」実体法の理解をしめすことは既に述べたが、前者がまさに⁽⁶⁸⁾それである。これに対して、Rosenbergは、出発点において、法規範は、抽象的に定型化された仮定的要件事実が具体的現実化したとき、その命令の遂行を要求（すなわち法律効果が発生する）とし、後者の実体法理解を示す一方で、これを裁判官の法適用理論に転写して、裁判官は要件事実について積極的確信を得たときのみ法規を適用すると、前者の理解をも示すので、二様の実体法理解を両立させることにより、基本的立場に混濁があると批判さ

れるのである。⁽⁶⁹⁾

(4) また、証明責任の分配に関して、Rosenbergが重視する⁽⁷⁰⁾「権利根拠事実」と「権利障害事実」との区別を、Leonhardは実体法上影響がないと言う⁽⁷¹⁾。先にも述べたように、こうして、Leonhardの完全性説は、自身も認める程硬直的なものとなる。その結果、この完全性説は、Glaserのように、「疑わしきは被告人の利益に」という実質的根拠を示すこともなしに、刑事訴訟においても、妥当しうる証明責任論となっている。即ち、完全性説に拠るならば、原告官たる検察官は、犯罪要件である、構成要件該当性、違法性、有責性の存在の他に、違法性阻却事由、責任阻却事由、窃盗や傷害罪における「同意」⁽⁷²⁾等の不存在をも証明する責任を負うこととなる。けだし、これらの事由が存在する限り、犯罪は成立しないのであり、Leonhardの立てた「時間的先後関係」という基準⁽⁷³⁾に従う限り、これらは「反対効果」の要件には組み入れられないからである。

「疑わしきは被告人の利益に」乃至「無罪の推定」の原則の妥当する我国の刑事訴訟法においては、これは自明の理であり、⁽⁷⁴⁾今更Leonhardの理論が偶然にも刑事訴訟に親和的であるからと、これを持ち込む理由は無い、との批判は予想できる。しかしながら、民刑共通の証拠法を有する英米では、正当防衛のような積極的抗弁(affirmative defense)について、被告人側に証明責任があるとする場合がある。後に詳述するが、一九七〇年代後半に、この積極的抗弁に関する合衆国連邦裁判所の判例が相次いだ折、⁽⁷⁵⁾犯罪構成要素と抗弁事由との区別が問題となった。⁽⁷⁶⁾ここで、Leonhardのような処理が、一つの解決のヒントとはなりえないであろうか。

(5) ただ、ここで問題点がいくつか存在する。

第一に、実は、(4)で述べた事が問題点そのものを浮き彫りにしている。民事訴訟法学説の理論を取り入れようと思えば、当たり前のように考慮すべきことであるが、Leonhardの完全性説は、本来民事訴訟を念頭に立てられたものである。しかしながら、規範説批判の糸口は、後述の各説共に、刑事訴訟に求められている。^(76ノ2)「時間的

先後関係」を基準に刑事訴訟における証明責任の分配⁽⁷⁷⁾を決めると、自首、時効の完成、中止未遂等の証明責任が被告人に存することとなる。既に述べたように、彼の証明責任論の前提となる実体法の理解は、「法律効果の発生は、裁判官の要件事実についての積極的確信に依拠する」というものであり、これは、「国家の刑罰権の発生は、裁判官の犯罪構成要件事実についての積極的確信に依拠する」と「無罪推定の原則」にパラレルな考え方へと置き換えることができる。この点が、佐藤教授の指摘する、実体法を確定規範と理解して、実体法の解釈のみから、証明責任分配を導くこと⁽⁷⁸⁾の問題点である。証明責任規範を実体法に埋没させてしまっていることの問題点である。

従って、Leonhardが、権利障害規定に独自の実体法上の効果を認めないという点は評価しうるが、証明責任規範を実体法に埋没させての帰結であるならば、これを問題視する一方、実体法の要件を“excuse”の形に書き換えたのみでは、安易に証明責任の転換はなされないという結論を維持する方策を考えなければならぬ。

第二に、Leonhardの言う「反駁責任」概念は、客観的証明責任分配の実質的変更ではないか、⁽⁷⁹⁾との批判が予測される点である。この点に関しては、Leonhard自身が、おおよそ以下のように述べている。⁽⁸⁰⁾

まず、客観的証明責任と異なり、反駁責任は訴訟の経過から事実が一応証明された後に生じるのであって、初めから抽象的、客観的に危険分配が定められているわけではない。また、反駁責任を負う相手方が、具体的な立証活動をなしてそれを果たした後、なお真偽不明が残れば本来の客観的証明責任の所在に従ってその負担者の不利益に判断されることになる、と。

こうしてみると、Rosenbergの主観的証明責任概念と異なり、Leonhardの反駁責任概念は、今日あまり顧みられることがないが、後者の概念は、むしろ表見証明や間接反証、事案説明義務⁽⁸¹⁾（ないし責任）へと通じるものがある。今後、行為責任の側面より、証明責任概念を検討していく上で、彼の創った概念がどのように位置づけられ得るのかを検討されなければならない。⁽⁸²⁾

- (60) 同・三三頁、船越隆司「実定法秩序と証明責任(二)」判例評論三四七号一九頁(判例時報一二五三号一六五頁)(一九八八年)。
- (61) 春日・前掲注(20)「証明責任論の一視点」一〇二頁(図1)・一〇二頁(図2)。
- (62) 例えば、田宮・前掲注(1)刑事訴訟法入門一八〇頁(旧説)。なお、三ヶ月・前掲注(2)四四九頁***参照。
- (63) 教授の用語法に従った。
- (64) この用語法については、注(53)参照。
- (65) 竜寄・前掲注(7)証明責任論・二六頁以下。
- (65ノ2) Leonhard, a.a.O., (Ann. 16), S. 136.
- (65ノ3) Rosenberg, 倉田訳・前掲注(5)証明責任論一一五頁以下。
- (65ノ4) 船越・前掲注(60)「実定法秩序と証明責任(二)」一九頁。
- (66) 佐藤・前掲注(52)「立証責任論における行為責任の台頭と客観的立証責任概念の意義」六〇頁。
- (67) 同・六一頁。
- (68) 同・六四頁。
- (69) 同・六五頁。
- (70) Rosenberg, 倉田役・前掲注(5)証明責任論一一七頁以下。
- (71) Leonhard, a.a.O., (Ann. 16), S. 77 ff, S. 79 f, S. 138, S. 156. Rosenberg の「権利障害事実」のグループ分けが恣意的である、との批判は、後述の各説も口を揃えるところである; Leopold, a.a.O., (Ann. 9), S. 38 f; Musielak, a.a.O., (Ann. 4), S. 294 ff. P. Gottwald, Grundproben der Beweislastverteilung (JuRA 2.Jahrgang (1980), S.225-236) 松本博之訳「立証責任分配の基本問題」民商法雑誌八二巻五号一〇七頁(一九八〇年)。
- (72) これを「構成要件阻却事由」と呼ぶか否かは、異論のあるところである。
- (73) Leonhard, a.a.O., (Ann. 16), S. 145.
- (74) 例えば、東京高判平成元・四・二四(判タ七〇八号二六四頁)は、飲酒酩酊によって被告人が心神耗弱の状態にあったのではないかとの疑いがあるとして、原判決には犯行時の精神状態について十分な審理を尽くさなかった違法があるとして破棄自判した。形式としては、審理不尽の違法を言うものであるが、実質は被告人の責任能力に関する証明責任が検察官にあることを確認したものである。
- (75) たゞしば、Mullaney v. Wilbur, 421 U.S. 684 (1975); Rivera v. Delaware, 429 U.S. 877 (1976); Patterson v. New York, 387 U.S. 197 (1977); Martin v. Ohio, 94 L. Ed. 2d 267 (1987) など。
- (76) たゞしば、R.J.Allen, Rationality and Accuracy in the Criminal Process: A Discordant Note on the Harmonizing of the Justices' Views on Burden of Persuasion in Criminal Cases, 74 J. CRIM.L. & CRIMINOLOGY 1174 (1983) は、一連の連邦最高裁判例が、犯罪構成要素と抗弁事由との区別につき、実体法上“excuse”といった形をとっているかに拘泥する形式主義を批判する。

(76ノ2) たとえば、Leipold, a.a.O., (Anm. 6), S. 23 f.

(77) 自明の理とも思えるが、そもそも刑事訴訟においては「証明責任の分配」という概念は馴染まない。何故なら、刑事訴訟においては、原告官たる検察官に証明責任の存するのが「原則」であるから、被告人への「証明責任の転換」があるのみである。

(78) 佐藤・前掲注(52)「立証責任論における行為責任の台頭と客観的立証責任概念の意義」六五頁。

(79) 春日・前掲注(20)「証明責任論の一視点」一〇二頁、雑本・前掲注(33)二六〇頁以下。

(80) Leonhard, a.a.O., (Anm. 16), S. 178 ff, S. 182 ff, S. 199 ff.

(81) Rosenbergの間接反証や判例上認められた表見証明との類似性の指摘は、竜崎・前掲注(7)証明責任論・三三頁による。

(82) 客観的証明責任を転換することなしに、それを負わない当事者が何らかの行為責任を負担することを主張するものに、R. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 146 ff, S. 249 ff. [同書については、佐上善和教授の紹介が、民訴法雑誌二四号(一九七八年)二三八頁以下にある]

第二款 規範説からの乖離と証明責任規範の析出

一 Leipoldによる客観的証明責任論批判

(1) 発表以来半世紀、一九六六年に至るも、Arwed Blomeyerをして、「今日なお学説・判例のゆるぎなき基礎を形成する」と言わしめた⁽⁸³⁾、Rosenbergの証明責任論も、その理論的根拠について、相次ぐ批判に曝されることとなった。

その一番槍をつけたのが、D. Leipoldであり、彼の批判は主にRosenbergの述べる「法規不適用原則」の理由と意味に対して向けられた。

先に述べたように、Rosenbergが、non liquetの際は当然に法規不適用となるとし、それが法適用の理論的帰結であるとしたのは、「訴訟においては法律効果の存否が主要事実の存否の証明に結びつく」との前提に立つ故である。

これに対しLeipoldは、法規の文言からして、実体法上の効果は主要事実の存在に結び付けられているのであ

て、その証明可能性とは無関係である、との前提に立つ。例えば、不法行為による損害賠償義務は、故意または過失による違法な生命・身体等への侵害が証明されることを要件とするのではなく、侵害そのものを要件としている。また、窃盗罪の可罰性は、他人の財物を違法に窃取した際には存するのであって、窃盗罪の要件が証明されて初めて存するのではない⁽⁸⁴⁾。ただ、主要事実が存否不明ならば、法律効果の発生・不発生も不明となり、裁判とくに本案判決の不能をもたらす。non liquet の場合であっても、裁判官は本案判決をなし、紛争を解決する義務を有する。そこで、証明責任規範が主要事実の存否を擬制することにより、裁判官にいかなる判決をなすべきかを指示するのである⁽⁸⁵⁾。

Leipold は、次のように述べて、法規不適用は法適用の理論的帰結ではなく、裁判の使命から導かれることを明らかにし、証明責任規範の機能を明確化した。

(2) 法規は構成要件Tが存在するならば法律効果Rが発生すると定めるのみである。従って、ここで他にRを定める法規は存在しないものと仮定して、具体的な主要事実tが存在すれば、構成要件Tは充足されて法律効果Rが発生し、具体的な主要事実tが存在しなければ、構成要件Tも不存在であり、結果として法律効果Rの不発生を意味する⁽⁸⁶⁾。

さて、具体的な主要事実tが存否不明ならば、構成要件Tも存否不明であり、従って法律効果Rの発生・不発生も不明である。すなわち事実問題(t)のnon liquetは構成要件Tへの包摂の可否の不明(t∪T)導き、そして法律問題(R)のnon liquetを不可避免的に生ぜしめることとなる⁽⁸⁷⁾。ここで、裁判官は法律効果を否定も肯定もできず、請求の認容判決も棄却判決をも下すことができない⁽⁸⁸⁾。

この際適用されるべき法規範(実体法)自体は真偽不明の事態について何ら規定するところがない。事実の存在に法律効果を結び付けている実体法は、訴訟において主要事実が存否不明であった場合の法律効果について沈黙す

図3の1

$$\begin{array}{l} T \rightarrow R \\ t \subset T \end{array}$$

$$t \rightarrow R \text{ (請求認容判決)}$$

$$\begin{array}{l} T \rightarrow R \\ \text{non-}t \not\subset T \end{array}$$

$$\text{non-}t \not\rightarrow R \text{ (請求棄却判決)}$$

るのである。⁽⁸⁹⁾

(3) しながら、事実問題 (t) の non liquet を理由に裁判官が裁判を拒絶することはできない。裁判官はこのような真偽不明の場合であっても、本案判決により法的紛争を平和的に解決する義務を有する。

Rosenberg によればこの場合、訴訟結果が真偽不明なれば法規は適用されず、証明責任を負う者に不利な裁判がなされるとする。法規が要件の確実な存在を前提とするので、主要事実の不存在の確信 (non-t) と真偽不明とはいづれも法規に適合しないものとして法適用の際同一視され、従って裁判の結論も同一であるというのである。しかしながら、主要事実 t の不存在は構成要件 T の不存在を、さらに法律効果 R の不発生を導き、従って消極判決をもたらし、真偽不明は無判決をもたらすので、既判力は生じないのであって、この点が彼の犯した論理的誤りなのである。⁽⁹⁰⁾

実体法は、 $t \rightarrow R$ 及び $\text{non-}t \rightarrow R$ を規律するのみで、t の non liquet という事態はその規律するところではない。⁽⁹¹⁾ やはり、事実問題 (t) の non liquet にも関わらず裁判官が本案判決を出して義務を果たすには、主要事実の存否により法律効果が確定する実体法とは別に、「特別な法規」⁽⁹²⁾ を媒介させて $t \rightarrow R$ か $\text{non-}t \rightarrow R$ かの二者択一を行う必要がある。この真偽不明の際に裁判官に判決の内容を指示し、その義務に答えさせる「特別な法規」が「証明責任規範 (Beweislastnormen)」である。⁽⁹³⁾

この証明責任規範により事実問題の真偽不明と法律問題の真偽不明とはその連続性が遮断され、裁判が可能となるわけである。しかし、これは真偽不明を裁判官による法適用過程

図3の2

$T \rightarrow R$ $t \subset T$	oder	$T \rightarrow R$ $\text{non-}t \not\subset T$
$t \rightarrow R$	oder	$\text{non-}t \not\rightarrow R$

(判決三段論法)における小前提中さらに前段となる事実認定の領域で解決するものではない。証明責任規範が事実関係の純粹に事實的な確定を規律するものであるならば、主要事実の存在及び不存在の双方を確定すべき場合が生じ、背理であるからである。⁽⁹⁴⁾また、(Rosenbergのいうように)訴訟結果の真偽不明によって直ちに法律効果の発生乃至不発生を命ずるものではない。法律効果は実体法の関与するところであつて、証明責任規範は決して関与しないのである。⁽⁹⁵⁾証明責任規範は、二者択一的指示を通して、裁判官に対し、個々の主要事実が存否不明な当該構成要件があたかも充足され或いは充足されなかったかのように、一種の訴訟上の擬制(Fiktion)により裁判することを命ずる裁判規範(Entscheidungsnorm)なのである。⁽⁹⁶⁾

(4)証明責任規範は、真偽不明の際、存在する二つの可能性のうち一方当事者に有利な裁判を命ずることとなるが、⁽⁹⁷⁾この裁判制度に伴う宿命的害悪(Übel)を、いかに公平に分配するべきであろうか。証明責任の内容の問題である。

Leipoldは、実体法上の権利根拠事由、権利滅却(障害)事由を主張する者は、それぞれ証明責任を負担するという、民法制定以前より一般に認められた原則が妥当し、これは新たに確立された慣習法ではなく、黙示の実定法(Stillschweigendes Gesetzesrecht)である⁽⁹⁸⁾。Rosenbergと異なり、彼は実体法規範がある事実を権利根拠事由と定めるか、権利滅却事由と定めるかに実体的事実としての差異はなく、単に証明責任が異なるのみであるという。権利滅却事由とは、法律効果の発生を否定する者が証明責任を負担する、言うなれば権利根拠事由の一部について相手方が証明責任を負うという特別な証明責任法則のことである。⁽⁹⁹⁾自己の権利を主張する者は、相手方が実際には存在しないかもしれない事実に基づき義務を課される弊害を少なくするべく、攻撃者(Angreifer)として証明

責任を負う一方、権利滅却事由の主張者は、現存状態、すなわち法的な占有状態 (rechtlicher Besitzstand) の変更を求める攻撃者として証明責任を負うのである。⁽¹⁰⁰⁾ ただ、実体法を客観的に見ると、規定の仕方による証明責任規定を表現することまでも否定されているわけではなく、実体法中に実体法規範と証明責任規範とが重ね合わせて表現されているという。⁽¹⁰¹⁾ 権利根拠事由と権利滅却事由との実質的な区別は、原則・例外という法則に基づく。例外にあたるか否かが不明の場合、多くは原則が正当であり、このことは生活法則、経験、蓋然性に裏付けされているという。⁽¹⁰²⁾

- (38) A. Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, Gutachten für den 46. Dt. Juristentag, Band II, Teil 2A, 1966, S. 3.

註文 Karl H. Schwarb, Zur Abkehr moderner Beweislastlehen von der Normentheorie, 1977 [Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. (S. 505ff.)] 石川 明訳「最近の立証責任論が規範説から乖離した点について」法曹時報三〇巻四号五四五頁(一九七八年)参照。

- (84) Leipold, a.a.O., (Anm. 6), S. 23 ff.
 (85) derselbe, S. 19 ff.
 (86) derselbe. 但し、下記の図は春日・前掲注(20)九九頁を参照させていただいた。
 (87) derselbe, S. 22 ff.
 (88) derselbe, S. 33 ff.
 (89) derselbe, S. 30 ff.
 (90) derselbe, S. 33. 無論、証明責任規範が実体法に埋没していることは先にのべた。
 (91) derselbe, S. 29 f.
 (92) derselbe, S. 17 ff.; 註文 Musielak 註文 'zusätzliche Norm' (付随的規範) と註文 Musielak, a.a.O., (Anm. 4), S. 4.
 (93) Leipold, a.a.O., (Anm. 6), S. 33 f.
 (94) derselbe, S. 59 ff.; 註文 Rosenberg も指摘している。Rosenberg, 倉田訳・前掲注(5)証明責任論二五頁。
 (95) Leipold, a.a.O., (Anm. 6), S. 61 ff.
 (96) derselbe, S. 64 ff.

- (97) derselbe, S. 64.
- (98) derselbe, S. 45 ff.
- (99) derselbe, S. 38 ff.; S. 45 ff.
- (100) derselbe, S. 48 f.
- (101) derselbe, S. 51 f.
- (102) derselbe, S. 53 ff.

(あとがき)

本稿は、私が立教大学大学院において研究を試みた「刑事訴訟における証明責任論」の一部を構成するものであるが、田宮裕教授のご退職の機会に、独立の部分にまとめて寄稿させていただいた。このような小文でも、教授に寄稿をお許しいただけるならば、筆者の光栄これにまさるものはない。